Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

den Regeln ſind theils ſingulär handelsrechtlich, theils wiederum dem gemeinen Rechte entnommen, welches letztere wir zur Beantwortung unſerer Frage nicht erſt auf dem Umwege des Handelsrechts zu beziehen brauchen.

Daß das gemeine Recht aber für meine, und nicht für die Höpfner'ſche Anſicht entſcheidet, hoffe ich hinreichend nachgewieſen zu haben.

IX.

Ueber die operis novi nunciatio und das interdictum quod vi aut clam, ſowie deren Umwandlung im heutigen Rechte.

Von

Herrn Dr. **Friedrich Zimmermann,**

Hofgerichts-Rath zu Gießen.

Die genannten Rechtsmittel ſtehen in verwandtſchaftlicher Beziehung zu einander, ſie beruhen zunächſt auf außergerichtlichen Acten und erzeugen ähnliche Wirkungen. Deren gegenſeitiges Verhältniß iſt jedoch noch in manchen Richtungen unaufgeklärt, namentlich iſt über die eigentliche Bedeutung und heutige Anwendbarkeit des interd. quod vi aut clam ein lebhafter Streit geführt worden. Es dürfte daher nicht unangemeſſen ſein, zu verſuchen, ob ſich nicht genauer feſtſtellen laſſe, in wie weit das römiſche Recht hier heutzutage noch anwendbar iſt.

§. 1. A. Operis novi nunciatio.

Dieſes Rechtsmittel iſt nach römiſchem Recht zunächſt und ganz eigentlich als reiner Privatact, als das Verbot eines Privatmanns (prohibilio)[1] aufzufaſſen. Denn wenn auch hin und wieder der Prätor als mitwirkend bezeichnet

1) fr. 1. pr. D. de op. n. n. (XXXIX, 1.).

wird, so geschieht dieß doch nur nebenbei und in der Weise, daß klar erhellt, dessen Mitwirkung sei durchaus nicht nothwendig und selbst nicht einmal gewöhnlich.[2]) — Hier ist aber gerade eine wesentliche Umwandlung im heutigen Rechte eingetreten, indem jetzt umgekehrt die Mitwirkung des Richters absolut nothwendig erscheint und die Privatverbote keine selbstständige Wirkung mehr zu erzeugen vermögen. So sehr es auch dem Charakter des römischen Rechtes entsprechen mochte, einem Privatacte in solenner Form und einer symbolischen Handlung bestimmte Wirkungen zuzusprechen, so wenig lag dieses jedoch im Geiste des neueren gemeinen Rechtes, indem immer mehr die Idee hervortrat, daß alle derartige Acte nur der öffentlichen Gewalt, dem Richteramte, zukommen könnten.[3]) Mit Recht konnte daher schon Leyser[4]) erklären, daß sich derjenige nur lächerlich machen und nicht das Mindeste damit ausrichten würde, welcher sich bei der op. n. n. des s. g. jactus lapilli[5]) bedienen wollte,[6]) was heutzutage in noch erhöhterem Maaße eintreten dürfte.

Die älteren italiänischen Praktiker[7]) stellen zwar die Sache noch so dar, als wenn die einfache wörtliche nun-

2) Fr. 1. §. 2 D. h. t. Hasse im Rheinischen Museum. Jahrg. III. 1829. S. 589. §. 16 und S. 626fg. §. 46. — Vgl. Wiederhold. Das interd. uti possidet. und die novi op. nunc. Hanau 1831. S. 67 bis 73. Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des O.A.G. zu Cassel. Th. V. 1848. Nr. 5. S. 117—121. — Polis, Diss. de oper. n. n. Trajecti ad Rhen. 1853. cap. II. §. 1. p. 33sq.

3) J. H. Böhmer, De actionibus Sect. II. cap. 4. §. 42 not. b. pag. 350.

4) Meditt. ad. Pand. T. VI. spec. 426.

5) fr. 1. §. 6. fr. 20. §. 1 D. quod vi aut clam (XLIII. 24).

6) Vgl. auch Joecherus, Diss. usum doctrinae de n. op. n. in foris Germaniae sistens. Lips. 1741 §. 5. pag. 9.

7) Joh. Pet. de Ferrariis (Papiensis) Practica aurea, oder nach andern Ausgaben Praxis eximia (geschrieben um 1400). Colon. 1576. pag. 275—278 in der Forma libelli in actione novi op. und in der Gl. ibid. ad „novum opus“ nr. 6.

ciatio praktisch wäre, allein sie verbinden damit zugleich solche Nachtheile, namentlich den Uebergang des Besitzes auf den Nunciaten, daß sich kaum annehmen läßt, man habe in der Wirklichkeit diesen Weg eingeschlagen. Vielmehr war die Antragstellung bei dem Gerichte viel vortheilhafter, indem man annahm, daß dieses sofort mit Strafbefehlen vorschreiten könne, und so erklärt sich wohl, daß schon im Codex Fabrianus[8]) nur von Einhaltbefehlen, durch den Richter vorgenommen, die Rede ist.

Für die deutsche Praxis ist zunächst das Zeugniß von Gaill[9]) und Petr. Friderus (Mindanus)[10]) über den Gebrauch bei dem Reichskammergerichte im XVI. und XVII. Jahrhundert von Wichtigkeit. Danach wurde auf eine mündliche nunciatio als Privatact nur in so weit Rücksicht genommen, als, wofern hierüber ein öffentliches Instrument vorgelegt werden konnte, ein mandatum sine clausula inhibitorium poenale erlassen wurde, quia — wie Gaill sich ausdrückt — aedificans post denunciationem contra leges facit. Der Privatact gab daher nur die Grundlage für die Einleitung des unbedingten Mandatsprocesses ab, das inhibitorium konnte aber allein für die Zukunft, von der Zeit des gerichtlichen Erlasses an, wirken. Die späteren Praktiker bezeugen durchgängig, daß die Angehung des Richters am üblichsten und sichersten sei, wenn sie auch gerade nicht mit Bestimmtheit die Anwendbarkeit der nunciatio als Privatact leugnen. B. Carpzov[11]) drückt sich, unter Anführung von Erkenntnissen von 1628 und 1634 so aus: Quidquid sit ut plurimum per praetorem sive judicis jussu et auctoritate, novum hodie opus nuntiari, probat observantia. Ebenso Mevius:[12]) solis

8) lib. VIII. tit. 5.

9) Observ. I. 16, nr. 12.

10) De processibus, mandatis etc. lib. II. cap. 32. §. 1. III. Francof. 1618. pag. 188 sq.

11) Responsa jur. elector. Lips. 1670. T. I. resp. 6. nr. 6.

12) Ad jus Lubecense part. II. tit. 12. art. 15. nr. 2.

verbis imbecillis et plerumque nihil curatur idcirco, eo rarius utimur. Besonders eifert Schilter[13]) gegen jenen Privatact als den Sitten der Deutschen durchaus widerstrebend.[14])

So wird man denn für die heutige Praxis mit Bestimmtheit behaupten können, daß die nunciatio in der Form eines Privatactes nicht mehr ein interdictum restitutorium (demolitorium) erzeugt, vielmehr hierzu die Anrufung des Richters und dessen Verbot nothwendig geworden ist. Besonders wird man sich hiervon überzeugen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß dieses interdictum ein perpetuum ist, also 30 Jahre lang dauert. Danach müßte der Nunciant, wenn er eine vor Jahren einmal erfolgte Privat-Nunciation nachweisen könnte, die Niederreißung des etwa innerhalb des Zeitraumes von 30 Jahren erfolgten Baues durchsetzen können, worüber aber die deutsche Praxis kein einziges Beispiel aufzuweisen haben wird. Dessen ungeachtet wird noch neuerdings von Strippelmann a. a. O. angenommen, daß die op. n. n. als außergerichtliches Rechtsmittel mit Wirksamkeit versehen sei, während er zur Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens, zur Erlangung eines Bauverbotes die Anstellung einer possessorischen oder petitorischen Klage nebst dem gehörig

---

13) Praxis jur. Pom. sive Exercit. ad Dig. lib. 39 tit. 1. §. 19. 20. 28.

14) Derselben Ansicht sind unter Berufung auf die angeführten Schriftsteller: Lauterbach, Colleg. th. pract. lib. 39. tit. I. §. 5 in Tom. III. Leyser l. c. med. 7. — Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 428. S. 742. — Sintenis, das praktische gem. Civilr. Bd. II. §. 124 b. S. 761 und Note 59. — Schäffer, im Archiv f. praktische Rechtsgelehrs. Bd. I. Heft 1. S. 17 Note 10. — Helmbach, in Weiske's Rechtslexicon Bd. 7. S. 605. Polis l. c. cap. 5. §. 3. p. 105, welcher im §. 2 u. 6 pag. 96 sq. auch nachweis't, daß in Frankreich wohl im XIV. u. XV. Jahrhundert der Privatact üblich gewesen sei, später aber ganz außer Gebrauch gekommen wäre, wobei er noch hätte anführen können: Cujacius ad African. fr. IX. l. 15 h. t. moribus Galliae nunciationem n. op. non fieri sine speciali jussu judicis.

zu begründenden und zu bescheinigenden Antrage auf Erlassung einer Provisional-Verfügung fordert.[15]) Allein die mitgetheilten Entscheidungen sind nicht ausschließlich durch den behaupteten Satz motivirt, und es würde dann dem Privatverbote mehr Gewicht beigelegt werden als dem richterlichen; auch scheint das ganze Raisonnement auf der Verwechslung zu beruhen, der Nunciat habe nach beendigtem provisorischen Verfahren in dem Hauptverfahren über das jus prohibendi darzulegen, daß dem von der nuncialio Gebrauch Machenden ein Widerspruchsrecht nicht zur Seite stehe, während doch bei der nuncialio stets der Nunciant sein jus prohibendi darthun muß, wenn sein Verbot von Bestand bleiben soll.

Allerdings konnten nun aber, nachdem die nuncialio nur durch den Richter wirksam erfolgen durfte, die Lehren im Processe über die provisorischen Verfügungen und die Provocation ex lege diffamari nicht ohne Einfluß auf den vorliegenden materiellen Rechtsstoff bleiben. Es mußte einleuchten, daß zwei Proceßverfahren zu unterscheiden seien, ein vorläufiges zur Erwirkung eines einstweiligen Bauverbotes, und ein Hauptverfahren, in welchem der Extrahent sein jus prohibendi nachweisen mußte, und der Nunciat hierbei die Rolle des Beklagten hatte. Das Verfahren bei der nuncialio ließ sich daher unter die provisorischen Verfügungen mit summarischem Processe einreihen,[16]) es hatte keinen unbedingten Einfluß auf den Ausgang des Hauptprocesses über das Recht selbst, der im ordentlichen Verfahren auszutragen war.

Endlich hatte die Ausbildung der Polizeigewalt den entschiedensten Einfluß auf die nuncialio und deren Gebiet. Die Wahrung der öffentlichen Baugesetze war nicht mehr den Privaten, sondern besonderen Behörden anvertraut,

15) a. a. O. S. 126. 127.

16) K. G. O. v. 1555 Th. III. tit. III. Bayer, Theorie der summarischen Processe §. 3. Nr. III. S. 8.

und eben ſo ſchritt die Sicherheits-Polizei bei augenblicklich drohendem Einſturze eines Gebäudes ſchon von Amtswegen oder auf einfache Anzeige ein. Die publica caussa und die damni depellendi caussa der nunciatio[17]) ſind hiernach heutzutage gänzlich weggefallen.[18]) Die dritte caussa juris nostri conservandi iſt allein übrig geblieben, und dieſe theilt ſich denn in die naturalis caussa: cum in nostras aedes quid immittitur aut aedificatur in nostro, und in die impositilia caussa: cum quis, posteaquam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

§. 2.

Im Einzelnen gelten heutzutage folgende Rechtsſätze:

I. Als Nuncianten können nur diejenigen bei Gericht auftreten, welche

1) entweder das Eigenthum oder das Recht zur utilis rei vindicatio an dem Grund und Boden oder an einem Gebäude behaupten, das durch begonnenes Bauen oder Einreißen eines Gebäudes durch einen Andern beeinträchtigt wird,

2) oder eine Gebäude-Servitut geltend machen, die durch den Neubau oder die Zerſtörung eines vorhandenen Baues auf dem angeblich dienenden Grundſtücke verletzt wird.[19])

Die Behauptung des Beſitzes des Eigenthums oder

17) fr. 1. §. 16. 17. 19. fr. 5. §. 9. D. h. t.

18) Wenn W. H. Puchta, Ueber die gerichtl. Klagen beſ. der Landeigenthümer 1833. S. 440, deßhalb annimmt, daß von der nunc. heutzutage nur ſelten Gebrauch zu machen ſei, ſo iſt dieß in ſo ferne unrichtig, als er auch die dritte caussa, juris nostri conservandi hierher zieht. Denn die Baupolizeibehörde hat ſich nur mit den Fragen zu befaſſen, ob der Bauplan eingehalten worden, ob die Anlage nicht feuergefährlich iſt u. ſ. w., nicht aber mit etwa beeinträchtigten Privatrechten der Nachbarn, welche daher auch in der Regel keineswegs von dieſer Behörde vernommen werden.

19) Polis l. c. cap. 1. §. 1. pag. 6—14. 27.

der Gebäude-Servitut reicht nicht hin. Ausdrücklich wird in den Quellen stets auf das Recht selbst Bezug genommen, quotiens vicinus dicit, jus sibi esse, prohibere vicinum, opus novum invito se facere,[20]) — und außerdem angeführt: operis novi nunciatione possessorem eum facimus, cui nuntiaverimus.[21]) Der Nunciant kann sich danach in Folge der nunciatio nicht mehr auf seinen etwaigen Besitz berufen, vielmehr muß er ein Recht behaupten. Eine derartige Bestimmung liegt auch ganz in der Natur der Sache, weil sonst auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des provisorischen Einhaltgebotes noch ein weiteres provisorisches Verfahren über das Besitzverhältniß nachfolgen müßte. Gewiß kann man aber von demjenigen, welcher vorläufig ohne irgend einen Nachweis über sein Verbietungsrecht einen Neubau hemmt, auch verlangen, daß er einen definitiven Rechtszustand herbeizuführen im Stande sei. Dieses Ergebniß folgt für die heutige Praxis ebenso aus den bei der Provocation geltenden Grundsätzen. Der Nunciant berühmt sich durch Einspruch des Rechtes hierzu; es würde daher die provocatio ex lege diffamari gegen ihn erhoben werden können, wenn nicht bereits das Römische Recht die eigenthümliche nunciatio ausgebildet hätte und damit die provocatio ex lege diff. wegen ihrer Subsidiarität ausgeschlossen wäre, aber doch zu Analogieen gebraucht werden kann. Jene Provocation ist aber auch auf die Voraussetzung gebaut, daß der Diffamant (hier Nunciant) nicht besitze;[22]) das Römische Recht betrachtet den Nuncianten ausdrücklich als einen solchen, der nicht besitze, und daß die Rolle des Beklagten in dem Hauptpro-

20) fr. 21. pr. fr. 8. §. 2. D. h. t.

21) fr. 5. §. 10. D. h. t. vgl. mit fr. 7. §. 2 D. q. vi a. cl. v. Wangerow, Pandekten Bd. III. S. 525. — Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. II. §. 394 Note k. S. 176. — Göschen, Vorlesungen Bd. III. S. 618.

22) Vgl. Bayer, Theorie der summarischen Processe §. 53. S. 131 Note 16. Seuffert's Archiv Bd. V. Nr. 78. 79.

ceſſe auf den Nunciaten übergehe. Die ältere Praxis ſeit Bartolus und de Ferrariis,[23]) ſowie bei dem Reichskammergerichte[24]) hatte hierüber kein Bedenken, indem ſie annahm, daß ſich der Nunciant ſofort auf ein beſtimmtes Recht ſtützen und dieß bei Gericht angeben müſſe, wenn ſein Geſuch um Erlaſſung eines Einhaltbefehles, überhaupt auf Beachtung Anſpruch machen wolle. Wenn daher in der neueren Praxis[25]) ohne Angabe eines Grundes die Berufung des Nuncianten auf den Beſitz eines dinglichen Rechtes genügen ſoll, ſo iſt dieß ſowohl den Geſetzen, als der Natur der Verhältniſſe nicht angemeſſen.

Ebenſowenig läßt ſich die Ausdehnung der Befugniß zur nunciatio auf alle Servitutberechtigten, namentlich auf die servit. praediorum rusticorum rechtfertigen.[26]) Ueberall iſt in den Quellen nur von Gebäude-Servituten die Rede,[27]) und fr. 14 D. h. t. iſt zu beſtimmt, um hierüber Zweifel zurücklaſſen zu können. Auch dürfte es nicht zuläſſig ſein, die ohnehin in die Dispoſitions-Freiheit bedeutend eingreifende nunciatio auszudehnen. Wird z. B. ein Weg verbaut, ſo kann er in der Regel an einer andern Stelle auf dem dienenden Grundſtücke wiederhergeſtellt werden, ohne daß die Wegnahme des Gebäudes erforder-

23) l. c. ad voc. novum Nr. 9. und die daſelbſt angeführten älteren Rechtslehrer.

24) Friderus (Mindanus) l. c. cap. 30. §. 14. nr. 26. pag. 180.

25) Namentlich das O.A.G. zu Caſſel und Darmſtadt nach Seuffert's Archiv Bd. III. Nr. 58. 174. ſ. dagegen Weiske's Rechtslexikon l. c. S. 588.

26) Wozu ſchon Böhmer l. c. pag. 352 geneigt war, und was auch in der Praxis öfter angenommen wird. Seuffert's Archiv Bd. V. Nr. 28a. Schäffer a. a. O. ſ. dagegen Flach, Entſcheidungen des O.A.G. zu Wiesbaden-Th. I. Nr. 1. S. 8. 9.

27) fr. 2. 3. 5. §. 8. D. h. t. fr. 15 D. de servit. pr. urb. (VIII, 2) fr. 6. §. 7. D. si serv. vind. (VIII. 5). Polis l. c. pag. 30—32.

lich erſcheint, was aber z. B. bei der Verbauung des Lichtes ganz anders iſt.[28])

Uebrigens iſt die nunciatio auch, gleich der heutigen provocatio, ein ſubſidiäres Rechtsmittel, weßhalb ſie dem Miteigenthümer gegen den Miteigenthümer nicht zuſteht; das jus prohibendi kommt dem Miteigenthümer ſchon nach dem Geſetze zu, — unde manifestum est prohibendi jus esse,[29]) — weßhalb die nunciatio keine Anwendung leiden kann, da ſie auf die Vorausſetzung gebaut iſt, daß das jus prohibendi des Nuncianten noch ungewiß ſei. Auch läßt ſich dafür noch der weitere Grund anführen, daß die nunciatio in rem alſo gegen alle Miteigenthümer wirkt,[30]) obwohl in der heutigen Praxis auf dieſen, nur eine Spitzfindigkeit enthaltenden Grund ſchwerlich Gewicht gelegt werden dürfte, wenn er allein ſtünde.

II. Nunciat iſt derjenige, welcher ein neues Gebäude zu errichten unternimmt oder augenſcheinliche Anſtalten dazu trifft, oder auch ein vorhandenes Gebäude abzubrechen beginnt.[31])

III. Was die Form betrifft, ſo iſt der Richter an eine beſondere Form nicht gebunden; es fällt alſo heutzutage Alles weg, was im römiſchen Rechte über die Verkündigung des Einhaltbefehles an dem Orte, wo das novum opus errichtet wird, vorkommt. Nach dem heutigen Proceßrechte ſind alle Verfügungen dem Beklagten ſelbſt oder deſſen Stellvertreter zuzuſtellen. Dieß ſchließt jedoch nicht aus, daß in dringenden Fällen, wenn der Bauherr nicht ſofort anzutreffen iſt, auch den Werkleuten das richterliche Verbot bekannt gemacht werde.

---

28) Einen mehr formellen Grund führen an: Cujacius Obs. I. cp. 1. v. Bangerow, Pandekten Bd. 3. S. 506. Wiederhold a. a. O. S. 87—91.

29) fr. 28. D. comm. div. (X, 3) fr. 3 §. 2 D. h. t.: quia possum eum alia ratione prohibere aedificare.

30) v. Bangerow a. a. O. S. 507.

31) Polis l. c. §. 2. 3. pag. 15—26.

IV. Die Wirkung des richterlichen Einhaltgebotes beſteht darin, daß der Bauende vorläufig bis zur ausgemachten Sache in petitorio durch den Nuncianten, mit dem Baue einhalten muß, bei Vermeidung der Niederreißung des ſpäter Gebauten auf Koſten des Bauenden.[32] Kann jedoch zu gleicher Zeit über das interdictum restitutorium auf Niederreißung des Baues und das Recht des Bauenden in petitorio zu Gunſten des letzteren endgültig entſchieden werden, dann muß die Demolition dennoch unterbleiben, wie wenigſtens die Praxis in richtiger Abwägung der Verhältniſſe und in analoger Anwendung des Satzes: petitorium absorbet possessorium von jeher angenommen hat.[33]

V. Dieſe Wirkung des Einhaltgebotes kann durch Cautionsleiſtung des Nunciaten ſofort beſeitigt werden.[34] Nach der Natnr der Verhältniſſe kommt hierbei Alles auf das vernünftige richterliche Ermeſſen an. Die neuere Praxis hat ſich daher mit Recht an die Beſtimmung Juſtinians[35] nicht weiter gekehrt, daß erſt nach Ablauf von drei Monaten Caution geſtellt werden dürfe, wenn der Hauptproceß innerhalb dieſer Zeit nicht ſollte entſchieden ſein, — ſondern ſie hat das Pandektenrecht vorgezogen.[36] Offenbar paßt jene Beſtimmung auch nicht für Deutſchland, wo man in der Regel nur während der Sommermonate bauen kann und die Vorausſetzung, daß innerhalb drei Monaten ein petitoriſcher Streit definitiv ausgefochten

32) v. Vangerow a. a. O. S. 510. Polis l. c. cap. 3. p. 47—59.

33) Friderus l. c. cap. 22. §. III. pr. 13. Strippelmann a. a. O. S. 125 bei Note 29. Schäffer a. a. O. S. 5. bei Note 3.

34) Haſſe a. a. O. §. 35—43. S. 616—625.

35) C. un. C. h. t. (VIII, 11) beſtätigt in cap. ult. X. h. t. (V, 32). v. Vangerow a. a. O. S. 517.

36) fr. 5. §. 17. fr. 20. §. 9. 13. D. h. t. — Carpzov. l. c. resp. 7 unter Berufung auf ein Erkenntniß von 1629. — Meier, Colleg. Argentor. II. p. 1041. §. 15. — Präjudicien-Sammlung des O.A.G. zu Darmſtadt Nr. 120. — Das Reichskammergericht hielt ſich nach Gaill Friderus l. c. an die Beſtimmung Juſtinians.

werden könne, leider niemals eintritt. Der Nunciant ist durch die Cautionsleistung vollkommen gesichert; der Richter wird sie aber ohnehin doch nicht zuzulassen haben, wenn sich auf Seiten des Nuncianten durch den Fortbau ein überwiegender Nachtheil glaubhaft herausstellen sollte.

Dagegen bleibt die Wirkung des Verbotes heutzutage bestehen, wenn auch der Nunciant sterben oder sein Immobile veräußern sollte, ehe der Nunciat gegen das Verbot fortzubauen gehandelt hat.[37]) Ebenso geht die Verbindlichkeit, dem richterlichen Verbote zu gehorchen, auf die Universal- und Singular-Successoren des Nunciaten über, ohne die Unterscheidung, daß die letzteren die Zerstörung des von ihnen ohne Kenntniß des Verbotes Gebauten nur gestatten müßten. Diese Sätze folgen aus der Rechtshängigkeit und der in der Praxis feststehenden Annahme, daß jeder Erwerber einer Sache allen Schicksalen unterworfen ist, welche in Bezug auf dieselbe schon gegen seinen Vormann begründet waren. Es handelt sich hier von der einstweiligen Wirkung einer dinglichen, im Hauptverfahren noch durchzuführenden Klage.[38])

§. 3.

In Bezug auf das Verfahren gelten folgende Grundsätze:

1) Der Nunciant hat in seinem mündlichen oder schriftlichen Vortrage bei Gericht das dingliche Recht anzugeben, auf welches er sich stützt, ebenso in wie weit das-

---

37) Huber Praelect. jur. Rom. et hod. 1700 lib. 39. tit. 1. §. 11. pag. 488. Voet, Comment. ad Pand. lib. 39. tit. 1. §. 9. — Nach römischem Rechte war dieß anders fr. 8. §. 6. D. h. t. v. Wangerow S. 510. K. Ad. Schmidt, das Interdiktenverfahren der Römer 1853. S. 140. Note 11.

38) Vgl. Strippelmann a. a. O. S. 117. Note 7. — Arch. f. civ. Praxis Bd. 35. Heft 3. S. 431 fg. Bd. 36. Heft 1 Note 3. S. 49 fg. — Archiv für prakt. Rechtsgelehrs. Bd. I. Heft 2. Nr. 1. — Sintenis a. a. O. in der Note S. 765. Flach a. a. O. Th. III. 1853. S. 9. Note.

selbe durch den Neubau oder die Veränderung eines Baues beeinträchtigt werden würde.

2) Zugleich mit diesem Antrage muß derselbe glaubhaft darlegen, daß ein nachbarliches Verhältniß der Grundstücke bestehe und unter Voraussetzung des behaupteten dinglichen Rechtes eine Verletzung desselben durch das novum opus zu befürchten sei; ferner daß das Werk erst begonnen werde. Alles dieß kann jedoch durch einen richterlichen Augenschein, etwa unter Zuziehung von Bauverständigen, hergestellt werden, und wird daher der Antrag hierauf zu richten und der Nunciat zuzuziehen sein.

3) Erscheint hiernach der Antrag auf Erlassung eines Einhaltgebotes gerechtfertigt, so erläßt der Richter sofort ein solches unter Androhung der Demolirung auf Kosten des Nunciaten, zugleich wird jedoch ein ganz kurzer Termin zur etwaigen Bestreitung dieser provisorischen Verfügung anberaumt. Der Nunciat konnte nach römischem Rechte vor Allem die Ableistung des Calumnieneides von dem Nuncianten verlangen. Allein dieß muß heutzutage wegfallen, weil der Richter bereits eine vorläufige Sachuntersuchung vorgenommen und bei deren Prüfung keine Frivolität dem Anscheine nach vorgefunden hat, indem er sonst dem Antrage auf eine provisorische Verfügung nicht stattgegeben haben würde. Ohnehin sucht die Praxis so viel als möglich den Calumeneineid zu beseitigen, der in neueren Gesetzgebungen gänzlich aufgehoben wurde. Will nun der Nunciant die Erlassung des Einhaltgebotes anfechten oder Caution leisten, so wird hierüber summarisch verhandelt und entschieden. Die ordentlichen Rechtsmittel gegen die Beseitigung des Provisoriums als solchen sind zulässig, der Suspensiv-Effect kann aber abgeschnitten werden.

Bleibt die provisorische Verfügung bestehen, oder leistet der Nunciat Caution, so wird nun erst auf dessen Antrag dem Nuncianten eine kurze Frist gesetzt, in welcher er die Klage in petitorio mit näherer Begründung des Erwerbes des dinglichen Rechtes, des jus prohibendi,

bei Strafe ſofortiger Aufhebung des Proviſoriums und ewigen Stillſchweigens erheben muß. Ueber dieſen Hauptproceß ſind beſondere Acten anzulegen. Der Nunciant hat hier ſtets die Rolle des Klägers zu übernehmen und im Falle des Widerſpruches ſein jus prohibendi zu beweiſen.[39]) Das Erbieten des Nunciaten zur Cautionsleiſtung kann übrigens jederzeit noch geſchehen, ſelbſt nach der Erledigung des Proviſoriums, und um ſo mehr alſo, wenn auch die Verhandlungen über deſſen Zuläſſigkeit noch in der Appellations-Inſtanz ſchweben.[40])

§. 4. B. Interdictum quod vi aut clam.

Hier hatte man die Sache gewöhnlich ſo dargeſtellt, als wenn die Römer vor dem nackten Verbote eines Privaten, oder vor einem einfachen Steinwurfe einen gewaltigen Reſpect gehabt hätten, ſo daß ſogar auf das Verbot irgend eines gänzlich Unberechtigten hin der Eigenthümer, welcher ſich an jenes nicht gekehrt hätte, dennoch durch den Richter hätte gezwungen werden können, den vorigen Zuſtand wieder herzuſtellen. Noch neuerdings wurde behauptet,[41]) dieſes Interdict beruhe auf dem Satze: „daß

---

39) Wenn Francke im Archiv f. civ. Pr. Bd. 22 S. 379 und Note 50 verlangt, daß der Richter in dem Decrete, welches den Bau proviſoriſch unterſagt, dem Nuncianten ſofort eine Friſt ſetze, in welcher dieſer klagend auftreten ſolle, ſo würde dieß zweckwidrig ſein, weil jede Klage in petitorio wegfällt, wenn ſich der Nunciat ſchon dem erſten Einhaltgebote fügt und die Einleitung des petitorii, in Anerkennung des jus prohibendi des Nuncianten, gar nicht verlangt.

40) Codex Fabrianus l. c. def. 1. Kapff, Civilrechtsſprüche Nr. 63,

41) Schmidt, in der Zeitſchrift f. Civ. und Pr. N. F. Bd. I. 1845. S. 382. — Vgl. mit Mayer, Diss. de int. quod vi aut clam observ. Lips. 1838. §. III. pag. 16. §. IV. pag. 20. 32. Das Verbot allein ſoll genügen, ohne daß es ſich auf ein klagbares Recht zu ſtützen brauche, „cum sufficeret, factum aliquid esse contra prohibitionem.“ — Haſſe, Rheiniſches Muſeum. f. Jurispr. IV. 1. — v. Bangerow a. a. O. S. 522fg. — Puchta, Pandekten 6. Aufl. §. 386 Note 9.

der Prohibirte allemal ohne Rücksicht auf Recht oder Besitz die Prohibiton respectiren müsse, bis darüber wenigstens in possessorio entschieden worden sei," und deßhalb wurde auch bezweifelt, daß die deutsche Praxis ein solches Dogma recipirt haben sollte, welches ohne die nothwendigen Schranken alle Rechtsordung umzustoßen im Stande wäre. Allein das behauptete Dogma ist irrig. Denn

1) der besitzende Eigenthümer, welchem gegenüber ein Private ein solches Verbot einlegt, braucht sich darum nicht zu kümmern; er kann mit seinem opus fortfahren, und wenn er nach dessen Vollendung mit dem interd. quod vi belangt wird, auf seinen Besitz zur Zeit des Verbotes einredeweise sich beziehen; er braucht nicht sein opus ruhen zu lassen und ist nicht zur Erhebung einer Besitzklage genöthigt. Es ergiebt sich dieß ganz deutlich aus fr. 7. §. 2. D. h. t., indem hiernach selbst derjenige, welcher nur als possessor wegen der auf erhobene nunciatio geleisteten Caution betrachtet wird, ein Verbot des Nuncianten nicht weiter zu beachten braucht. Der wirkliche Besitzer kann also ebensowenig an ein solches gebunden sein, wenn er den Besitz einredeweise beweisen kann.

2) Das nackte Verbot hat aber auch an und für sich gar keine Wirkung. Denn es muß stets eine denunciatio dessen, der eine dem Verbietenden schädliche Neuerung an einem Grundstücke vornehmen will, dem Verbote vorausgegangen sein, oder es müssen wenigstens derartige Umstände vorliegen, welche den Unternehmer des opus ein Verbot mit Sicherheit erwarten ließen. Die Quellen setzen fast überall eine Anzeige von dem Vorhaben an den Interessenten voraus, es finden sich über die denunciatio genauere Vorschriften; sie muß speciell die Art des Werkes, die Zeit und den Ort der Vornahme

— v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. Bd. II. Abth. II. Kap. 24. S. 944. — Vgl. jedoch Sintenis a. a. O. S. 758 in der Note 1. Columne a. E.

enthalten, ſie darf nicht ſo ſpät erfolgen, daß der Denunciat keine Zeit mehr finden ſollte, vor der Ausführung Widerſpruch einzulegen, es muß aber auch bald nach der Anzeige das Werk wirklich in Angriff genommen werden, und zwar genau nach Inhalt des angezeigten Projectes.[42]) Später dehnte man zwar das interdictum quod vi auch auf den Fall aus, wenn keine Anzeige erfolgt war und dennoch ein Verbot eingelegt ward, allein dabei war doch offenbar vorausgeſetzt, daß wenigſtens nach der Regel die Anzeige hätte vorausgehen ſollen.[43]) Das interd. quod vi utile wurde dadurch dem int. quod clam näher gerückt, welches ſtattfand, wenn der Unternehmer den Widerſpruch des Gegners erwartete und dieſen durch heimliche Ausführung des Werkes zu umgehen ſuchte, alſo weder eine Anzeige, noch ein Verbot vorlag, oder wenn er ſelbſt nur nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge Widerſpruch hätte erwarten müſſen. Auf ſeine ſubjective Anſicht kommt hierbei ſelbſt nicht einmal etwas an, ſondern auf die objective Beſchaffenheit der Umſtände, damit nicht etwa Leute von mangelhafter Einſicht beſſer daran wären, als vernünftigere und beſonnene Leute.[44]) Die weſentlichſte Vorausſetzung iſt hiernach die, daß der Unternehmer entweder durch ſeine Anzeige das bei dem Unternehmen mögliche Intereſſe des Andern ausdrücklich, oder doch ſtillſchweigend durch den Gedanken an den zu erwartenden Widerſpruch des Gegners anerkennt. Wer trotz dieſer Anerkennung gegen das auf erfolgte Anzeige ergangene Verbot des Andern handelt, von dem iſt es freilich gewiß, daß er eigenmächtiger Weiſe handelt, und ebenſo gewiß iſt es, daß der, welcher trotz dieſer Anerkennung das

42) fr. 5. §. 1—7. fr. 1. §. 7. fr. 18. §. 1. fr. ult. §. ult. D. h. t.

43) fr. 5. §. 7. D. h. t. Si quis, cum non denuntiasset, opus se facturum, eique denuntiatum esset, ne faceret, fecerit; utilius puto probandum, vi eum fecisse.

44) fr. 3. §. 7. 8. fr. 4. D. ib.

zu erwartende Verbot durch die Ausführung hinter dem Rücken des Andern zu umgehen ſucht, heimlich handelt. Von ſolchen Unternehmern eines opus konnte Ulpian mit Recht ſagen, per hoc (interdictum) occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur; et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non; sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit, tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci.[45]) Selbſt, wenn er alſo auch das Recht zur Vornahme ſeines opus gehabt hätte, ſo ſoll ihn dieß doch gegen die Folgen ſeiner unter allen Umſtänden verwerflichen Handlung, ſeines begonnenen Delictes,[46]) nicht ſchützen. Wer das nackte Verbot eines unberufenen Dritten verachtet, weil er ſich in ſeinem guten Rechte weiß, der kann doch in der That nicht als ein Delinquent angeſehen werden. Mit dem Verbote allein wird daher der Kläger nichts ausrichten und der Prätor entheilte ihm ohne Zweifel gar nicht das decretum, wenn er nicht zugleich ſolche Thatſachen anführte, welche das Verbot als ein den Gegner bindendes erſcheinen ließen.[47]) Beſonders wichtig über den von dem Kläger im Falle des Widerſpruches der von ihm behaupteten Thatſachen zu führenden Beweis iſt eine Aeußerung von Pomponius, welche in dieſer Beziehung noch gar nicht beachtet worden iſt.[48]) Derſelbe unterſucht die Statthaftigkeit der leg Aquiliae actio in dem Falle, wenn Erbſchaftsſachen vor Antretung der Erbſchaft beſchädigt worden ſeien, weil man zu der Annahme ver-

45) fr. 1. §. 1. D. h. t.

46) fr. 3. pr. fr. 11. §. 6. 7. D. h. t. In den Baſiliken kommt unſer Titel in lib. 58 tit. 23 nach der Fabrot'ſchen Ueberſetzung T. VI. pag. 800 ſogar unter der Titelrubrik vor: de incendiis et incendiariis et de his, qui clam aut vi opus novum faciunt. Schmidt, das Interdiktenverfahren S. 192.

47) Schmidt a. a. O. S. 219. 224.

48) fr. 43. D. ad leg. Aquil. (IX. 2). Vrgl. mit fr. 13. §. 5. D. q. v. art.

ſucht ſein könne, es fehle hier der dominus, an deſſen Stelle aber der heres trete. Er fährt dann fort: Eadem dicemus et de arboribus eodem tempore furtim caesis. Puto eadem dici posse etiam de actione: quod vi aut clam; si modo quis aut prohibitus fecerit, aut apparuerit eum intelligere debuisse ab eis, ad quos hereditas pertineret, si rescissent, prohibitum iri. Der Kläger muß alſo beweiſen.

a) entweder, daß (die regelmäßig vorausgeſetzte) Anzeige und Verbot erfolgt waren,

b) oder ſolche Umſtände vorliegen, aus welchen erhellt, der Beklagte habe Widerſpruch von denen, welchen die Erbſchaft deferirt war erwarteu dürfen, wenn ſie von ſeiner Handlung Kenntniß erlangt hätten.

Im erſten Falle hatten die Kläger Kenntniß des Vorhabens, im zweiten hatten ſie keine, aber der Beklagte mußte Widerſpruch erwarten. So wenig alſo der Beweis des nackten Verbotes genügte, oder der heimlichen Ausführung ohne wirklich begründete Furcht vor Widerſpruch des Andern, ebenſo wenig iſt auf der andern Seite der Beweis eines Rechtes oder des Beſitzes als ſolchen an und für ſich nothwendig.[49]) Zwar giebt es allerdings mehrere Interdicte, welche auf Rechten beruhen, bei welchen alſo das jus in judicium deducirt wird, z. B. de itinere reficiendo, de aqua ex castello ducenda etc.[50]) Allein bei dieſen wird in den Quellen ganz beſonders hervorgehoben, daß auch das jus zu beweiſen ſei. So heißt es von dem interd. de itin. refic. — Itaque, qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere: et hoc anno se usum, et ei servitutem competere. Bei unſerm Interdicte findet ſich jedoch nirgends eine ſolche Aeußerung, vielmehr iſt in

49) fr. 11. §. 14. fr. 12. fr. 16 pr. D. h. t.

50) fr. 3. §. 11. 13. 14 D. de itin. act. priv. (XLIII, 19). fr. 1. §. 45. D. de aqua quot. (XLIII, 20). Schmidt, Interdiktverfahren a. a. O. S. 81—95.

der obigen Stelle genügend ausgesprochen, was regelmäßig von dem Kläger zu beweisen ist.[51])

Sehr häufig wird über das Verhältniß des Klägers zu dem beeinträchtigten Grundstücke gar kein Streit entstehen, weil dieses notorisch ist, und der Beklagte sich nicht entfernt ein Recht daran beilegt, wie z. B. wenn bei einem Brande der Nachbar seines Nachbarn vom Feuer noch nicht ergriffenes Gebäude einreißt, um dem Brande Einhalt zu thun.[52]) Es tritt hier das allgemeine Princip ein, welches Justinian unter Erwähnung der actio quod vi aut clam in dem Satze aufstellt: omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere.[53]) In solchen Fällen liegt es auf flacher Hand, daß der Beklagte Widerspruch erwarten mußte, und das int. quod vi aut clam ist an sich begründet, es kann sich nur fragen ob dem Beklagten eine exceptio gestattet werden könne, was oben in der erwähnten Stelle verneint wird, indem nur dem Magistrat, nicht aber einem Privaten ein solches, bei diesen als eigenmächtig erscheinendes Verfahren zukommen könne.

Als ein besonderer Umstand, welcher Widerspruch erwarten läßt, kommt vor, daß bereits über den Gegenstand ein Streit obwaltete und daher jede einseitige Verfügung darüber als eine widerrechtliche Handlung erschien.[54])

Das Interdict steht Jedem zu, der ein vermögentliches Interesse daran hat, daß die Veränderung, welche ihm schädlich ist, unterblieben sei;[55]) also nicht allein dem

51) Francke geht daher a. a. O. S. 372—375 zu weit, wenn er annimmt, der Prohibent müßte bei Anlagen auf dem Eigenthume des Prohibirten sein volles Recht beweisen. Vrgl. dagegen Hasse a. a. O. Bd. IV. Nr. 1. v. Vangerow a. a. O. — Sintenis a. a. O. S. 760 in der Note. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht 3. Auflage Bd. II. §. 421. S. 368 Note 18a.

52) fr. 7. §. 4. h. t.

53) C. 11. C. unde vi (VIII. 4).

54) fr. 13. §. 7. D. h. t. fr. 7. §. 2. ib.

55) Schmidt, Interdiktverfahren. S. 139.

Eigenthümer und den dinglich Berechtigten,[56]) ſondern auch dem Pachter;[57]) nicht allein dem juriſtiſchem Beſitzer, ſondern auch dem bloßen Innehaber.[58]) Dadurch ergiebt ſich, daß der vom dem Kläger zu führende Beweis ſehr mannichfach ſein kann. Iſt ſein vermögenrechtliches Intereſſe nicht an ſich unbeſtritten, oder können nicht ſolche Umſtände nachgewieſen werden, aus welchen auf Widerſpruch geſchloſſen werden mußte, ſo wird auch das Recht ſelbſt oder deſſen Beſitz und das darauf geſtützte Verbot bewieſen werden müſſen. Allein alsdann iſt dieß nur zufällig, es gehört nicht ſchon an und für ſich zu deſſen Begründung. So wird z. B. bei den Gebäudeſervituten ne luminibus officiatur, ne prospectui obsit, altius non tollendi, deren Ausübung nicht ſchon Jedem äußerlich erkennbar ſein muß, nur dann von dem int. quod vi aut clam die Rede ſein können, wenn der Kläger beweiſen kann, daß ihm die Servitut zuſteht.[59]) Aus dieſem Grunde iſt für ſolche Fälle, wenn der Servitutberechtigte den auf ſeinem Grund und Boden bauenden Eigenthümer an dem Fortbauen hindern will, die operis novi nunciatio unentbehrlich; dieſe führt zum Beweiſe des jus prohibendi von Seiten des Nuncianten, während ſich der Prätor ohne die Nachweiſung, daß vi aut clam gehandelt werde, zur Ertheilung des Interdictes nicht herbei läßt.[60])

56) fr. 13. fr. h. t.

57) fr. 12. h. t.

58) fr. 12. 16. pr. D. h. t.

59) Daraus erklärt ſich wohl fr. 15. D. de servit. praed. urb. VIII, 2. in welchen das prohibere, et nuntiare novum opus einander gegenüber geſtellt werden. fr. 6. §. 1 D. VIII. 5. fr. 21. D. XXXXIX. 3.

60) Auf dieſe relative Unentbehrlichkeit der op. n. n. bezieht ſich das vielfach beſprochene fr. 5. §. 10 D. de op. n. n., in welchem der Juriſt unmittelbar vorher von Gebäudeſervituten redet und die Räthlichkeit der zu gebrauchenden Rechtsmittel unterſucht. In den Baſiliken lib. 58 tit. 10. Tom VI p. 781 der Fabrot'ſchen Ausgabe iſt die Stelle ſo wiederge-

Uebrigens muß noch bemerkt werden, daß der von dem Kläger zu führende Beweis immerhin ein vollständiger sein muß; daß Bescheinigungen hierbei nicht genügen, wie sie in unserm Processe zur Begründung provisorischer Verfügungen vorkommen.[61])

§. 5.

Fragt man nun nach der heutigen Anwendbarkeit dieses Interdictes, so dürften dieser vorerst die gegen dasselbe erhobenen Bedenklichkeiten und Unbegreiflichkeiten nicht entgegenstehen, da man diese nur irriger Weise dem römischen Rechte aufgebürdet hat. Allein auch hier war die Ausbildung der Polizeigewalt von großem Einflusse,[62]) indem man alle Handlungen, die sich als Feld- oder Waldbeschädigungen darstellten, als Frevel auffaßte und sogar, neben der Verurtheilung des Denunciaten zum Schadensersatze, mit öffentlichen Polizeistrafen bedrohte.[63]) Die Stellung des Beschädigten ist dadurch noch viel vortheilhafter geworden, wie sie nach röm. Rechte war, indem eine einfache Anzeige bei dem betreffenden Polizeibeamten genügt. Die Verweisung vor das Civilgericht wird hier nur alsdann erfolgen, wenn über das vermögensrechtliche Interesse des Beschädigten an dem Grundstücke ein Streit entsteht.

Ferner wurde der Gebrauch unsres Interdictes besonders auch durch die Befestigung der Spolienklage und des

---

geben: εἰ δέ τις ἐν τοις ἰδίοις τόποις ὢν βλάπτει, ἀναγκάια ἔαιν ἡ παράγγελαία, wonach es, beiläufig bemerkt, klar ist, daß statt des in vielen Ausgaben des Corp. jur. vorkommenden „aut“ — „at“ gelesen werden muß.

61) Schmidt, Interdiktverfahren S. 271—275.

62) Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts. 1853. S. 320. Wenn daselbst Note 1 bemerkt wird: das int. q. v. a. cl. sei bekanntlich nur auf Störungen an Gebäuden gegangen, weßhalb im Codex auch die Gebäudeordnung damit verbunden worden sei, — so beruht dieß wohl auf einer Ungenauigkeit, da es sich bekanntlich überhaupt auf alle Aenderungen in solo bezieht.

63) Vgl. z. B. Großh. Hessisches Feldstrafgesetz von 1841 Art. 44 bis 52. Forststrafgesetz von 1837. 6. Abschnitt. Puchta, Klagen der Landeig. S. 442.

possessorii summariissimi in der Praxis zurückgedrängt. Im XVII. und XVIII. Jahrhundert war namentlich die vorherrschende Ansicht in der Praxis dafür, daß die Spolienklage auch von den bloßen Detentoren erhoben werden könne;[64]) diese machte also in dieser Ausdehnung, und da sie nicht auf Grundstücke beschränkt war, unser Interdict in so weit überflüssig, als sich das Unternehmen als eine Besitzentsetzung auffassen ließ[65]) I. H. Böhmer l. c. pag. 359 Note g, schreibt den seltnen Gebrauch des Interdictes der Unwissenheit der Advocaten zu, welche gewöhnlich auf die weniger vortheilhafte Klage aus dem Aquilischen Gesetze verfielen, und räth an, ausdrücklich des Interdictes in der Klage Erwähnung zu thun, um den Richter auf dieses Rechtsmittel aufmerksam zu machen. Da man jedoch jetzt wieder mehr in der Praxis darauf hält, daß die Spolienklage und das summariisimum nur dem juristischen Besitzer zukommen, so zeigt sich ein entschieden häufigerer Gebrauch des Interdictes. Einzelne in der Praxis vorgekommene Fälle sind folgende:

1) A. hatte um seinen Hausgarten eine Einfriedigung gezogen und in dieselbe einen Abhang an einem Gemeindewege mit aufgenommen. Die Gemeinde B. zerstörte, ungeachtet des Verbotes des A., theilweise jene Anlage aus dem Grunde, weil der Abhang zu ihrem Eigenthume gehöre, und sie schon vor einigen Jahren dem A. die beabsichtigte Einfriedigung untersagt hätte. Dem A. wurde auf das ausdrücklich erhobene int. quod vi aut clam der Beweis auferlegt, daß der fragliche Zaun bereits voll-

64) Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. 1848. S. 393. 394.

65) Schon frühe hatte man das int. quod vi mit dem int. unde vi zusammengestellt und deßhalb auch von dem Kläger den Beweis des Besitzes verlangt. Duranti speculum juris. 1494. T. II. lib. 4. partic. 2 de restit. spoliat. 4. Ceterum. Fol. 399 in der Note von Andreae: agens hoc interdicto habet probare, quod possidet rem, quae inquietatur, sicut in unde vi etc. — Vgl. Seuffert's Archiv V. 68.

endet geweſen ſei, als er zerſtört worden, oder daß ſich A. im Beſitze des fraglichen Abhanges befunden habe. Auf die Einrede der B. hergenommen aus ihrem angeblichen Eigenthumsrechte und die Einrede quod non tu vi aut clam fecisti wurde keine Rückſicht genommen.[66])

2) A. hatte zum Schutze ſeines Ackers einen breiten Graben aufwerfen laſſen, welchen B. zwei Tage darauf wegen der ihm angeblich zuſtehenden Fahrwegsgerechtigkeit wieder zuwerfen ließ. B. wurde ohne Rückſicht auf ein (jedoch behauptetes) Verbot des A. zur Wiederherſtellung des Grabens verurtheilt, weil in dem Daſein des Grabens an ſich ſchon ein thatſächlicher Widerſpruch gegen das Beginnen enthalten geweſen ſei.[67])

3) A. hatte unbeſtritten die Fahrwegsgerechtigkeit über einen dem B. zugehörigen, an deſſen Wohnhaus herziehenden Raum. B. hatte nun gegen das ausdrückliche Verbot des A. an ſeinem Hauſe einen die Fahrt etwas beengenden, großen Abweiſer-Stein ſetzen laſſen, angeblich um dadurch für die Zukunft weitere Beſchädigungen durch das Fuhrwerk des A. an ſeinem Hauſe abzuwenden. A. erhob das int. quod vi aut clam und ſiegte damit in der unteren Inſtanz. In der dritten wurde dem A. jedoch der Beweis auferlegt, daß ihm die Fahrwegsgerechtigkeit oder deren Beſitz auch gerade auf der Stelle zuſtehe, wo der Stein hingeſetzt worden war, das Verbot allein genüge nicht.[68])

4) Einige junge Leute hatten während der Nacht aus dem rings mit einer Mauer umſchloſſenen Hausgarten des A. eine Statue des Neptun von ihrem Poſtamente entfernt

---

66) fr. 1. §. 2. fr. 7. §. 3. D. h. t.

67) Flach, Entſcheidungen Th. I. Nr. 1. §. 10. S. 11.

68) Wenn auch dieſer letzte Satz durchaus richtig iſt, ſo war doch die auf das Recht ſelbſt oder deſſen Beſitz gerichtete Beweisauflage wohl nicht der Sachlage entſprechend, weil B. nach den vorliegenden Umſtänden augenſcheinlich Widerſpruch des A. erwarten mußte, der denn auch wirklich erfolgte. fr. 5. §. 7. D. h. t.

und in den öffentlichen Brunnen auf dem Markte geworfen. Das int. war hier, wo das jus prohibendi des A. gar nicht bestritten wurde, und jedenfalls dessen Widerspruch zu erwarten war, aber umgangen wurde, unzweifelhaft begründet.[69])

5) A. hatte in der nach dem Hofe des B. gerichteten Wand seines Wohnhauses mehrere s. g. Oberlichter. B. ließ eines Abends und in Abwesenheit des A. unmittelbar vor diesen Fenstern einen Bretterverschlag anbringen, wodurch dem A. das Licht in drei Gemächern je nach den drei Stockwerken, gänzlich entzogen wurde; B. behauptete, hierzu befugt zu sein, weil er an der Sockelmauer, auf welcher die Bretter ruhten, und an der Wand, in welcher sich die Oberlichter befanden, Eigenthum, oder doch Miteigenthum habe. Das von A. erhobene int. quod vi aut clam wurde in der dritten Instanz für begründet erachtet, weil dem Miteigenthümer gegen jede Neuerung an der gemeinschaftlichen Sache ein Verbietungsrecht zustehe, und B. nach den vorliegenden Umständen einen Widerspruch des A. gegen sein Beginnen hätte erwarten müssen, B. also nicht ohne besondere Anzeige seines Unternehmens bei A. hätte vorschreiten dürfen.[70])

6) A. hatte auf einem zwischen ihn und B. im Allgemeinen streitigen Walddistricte, worüber bereits eine Klage auf Fixirung einer angeblich vertragsmäßig festgesetzten Bestimmung der Grenzen wegen mangelnden Beweises abgewiesen worden war, plötzlich das gesammte Holz fällen lassen. Er stellte auf erhobene Klage des B. in Abrede, daß der jetzt in Frage stehende District mit dem in der früheren Klage vorgekommenen identisch sei. Es wurde jedoch in dritter Instanz angenommen, daß das ausdrücklich angestellte int. quod vi aut clam begründet sei, wofern

69) fr. 9. §. 2. fr. 11. §. 1. 2. D. h. t.

70) fr. 11. §. 5. D. h. t. fr. 13. §. 3. h. t. fr. 28. D. cond. div. (X, 3).

B. nur beweisen könne, daß der fragliche Distrikt der früher streitige gewesen sei, indem unter dieser Voraussetzung A. jedenfalls den Widerspruch des B. hätte erwarten müssen. Außerdem war dem Kläger B. in den unteren Instanzen alternativ der Beweis auferlegt worden, daß er sich im Besitze des fraglichen Districtes befunden habe, was aber in der dritten Instanz dahin abgeändert wurde, daß B. das von ihm behauptete Eigenthum an dem fraglichen Districte zu beweisen habe.[71])

Durch diese Beispiele wird hinlänglich dargethan, daß die Behauptung von Schmidt a. a. O., das interd. sei in der deutschen Praxis nicht aufgenommen worden, unrichtig ist.[72]) Ja es hat sogar in einem der neuesten Gesetzesentwürfe Aufnahme gefunden.[73]) Dasselbe ist auch in der That nicht wohl zu entbehren, besonders wenn man die Spolienklage nicht auf die bloßen Inhaber ausdehnt.

Bei einer neuen Gesetzgebung müßte der Zusammenhang mit den Feld-, Forst- und Polizeigesetzen in's Auge gefaßt, ebenso das Verhältniß zur Spolienklage überhaupt zu den Rechtsmitteln in Bezug auf den Besitz beachtet werden. Als Regel wird man festzuhalten haben, daß der Besitzer nicht an den nackten Einspruch eines Dritten gebunden ist,[74]) daß aber auch der besitzende Eigenthümer nicht gegen ein Verbot in Bezug auf eine von ihm auf seinem Grund und Boden vorgenommene Anlage handeln darf, wenn er nach den vorliegenden Umständen den Widerspruch des Andern erwarten müßte. Auch darf man nicht in diesem Falle den Beweis der Berechti-

71) Diese letztere Entscheidung war wohl unrichtig; denn wenn auch nicht juristischer Besitz nothwendig ist, so ist doch jedenfalls dem Besitzer das int. q. v. a. cl. gestattet, ohne daß er nun zum Beweise des Rechtes selbst genöthigt wäre; vgl. vorigen §.

72) Vgl. auch Seuffert's Archiv V. 68. 25.

73) Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das Großh. Hessen 1853. Abth. 4. Artikel 673 nebst den Motiven. S. 260—262.

74) Wovon der angezogene Entwurf ausgeht. Motive S. 261.

gung zum Einſpruche verlangen,[75]) indem es ſchon genügen muß, daß über ein Recht geſtritten wird, wenn auch der Kläger daſſelbe noch nicht dargethan hat. Geſetzt, es iſt bereits ein Streit über die Ausſichtſervitut, oder die Servitut non altius tollendi im Gange, ſo darf der Eigenthümer auf ſeinem Grunde und Boden dennoch nichts vornehmen, was das in Anſpruch genommene Recht beeinträchtigen könnte.

§. 6.

Das Verhältniß der nunciatio und des int. quod vi aut clam zu einander iſt folgendes:

1) Bei der nunciatio iſt das jus prohibendi des Nuncianten an ſich noch völlig ungewiß, daſſelbe ſoll erſt in dem auf die durch die nunciatio herbeigeführten proviſoriſchen Verfahren, regelmäßig folgenden Hauptproceſſe unterſucht werden. Bei dem int. quod vi aut clam dagegen muß der Kläger darthun, daß der Beklagte des Klägers Intereſſe bei dem Vorhaben entweder ausdrücklich durch deſſen Anzeige anerkannt habe und darauf ein Verbot erfolgt ſei, oder daß wenigſtens der Beklagte nach den vorliegenden Umſtänden einen Widerſpruch von Seiten des Klägers hätte erwarten müſſen. Liegen ſolche Umſtände nicht äußerlich erkennbar vor, alsdann muß der Kläger den Beſitz oder das Recht an der Sache darthun, das int., obwohl an ſich ſtatthaft, bietet alsdann keinen Vortheil mehr vor den auf den Beſitz oder das Recht ſelbſt geſtützten Rechtsmitteln. Dem bei dem int. quod vi aut clam unterliegenden Beklagten ſteht übrigens das Recht zu, in einem beſondern Verfahren ſein jus faciendi zu verfolgen,[76]) während dem abgewieſenen Nuncianten auch noch das Recht zuſteht, in einem beſonderen Verfahren ſein jus prohibendi darzuthun.[77])

75) Wie dieß im erwähnten Entwurf geſchieht.
76) fr. 1. §. 2. D. h. t. q. v. a. cl.
77) fr. 19 D. de op. n. n.

2) Bei der nunciatio wird für das jus faciendi des Bauenden in so weit vermuthet, als derselbe, wenngleich provisorisch im Weiterbauen gehemmt, dennoch im Hauptprocesse die vortheilhaftere Rolle des Beklagten hat, und der Nunciant binnen bestimmter Frist zur Erhebung der Hauptklage genöthigt ist, wenn nicht die Wirkung der nunciatio sofort aufhören soll und er sein Recht selbst nicht verlieren will. Das interd. quod vi aut clam nöthigt dagegen den Kläger nicht zu einer weiteren Klage; es wird durch dasselbe in Bezug auf Restitution und Leistung des Interesse ein definitiver Zustand herbeigeführt, wenn auch dem besiegten Beklagten noch freisteht, eine auf das jus faciendi bezügliche Klage zu erheben.

3) Wer nunciiren kann, ist unter den geeigneten Voraussetzungen auch zum int. quod vi aut clam berechtigt, nicht aber umgekehrt kann jeder nunciiren, dem das interd. quod vi aut clam zusteht, indem die nunciatio nur auf dinglich Berechtigte gewisser Kategorieen beschränkt ist, während das int. auch von solchen gebraucht werden kann, welchen nur ein persönliches Recht bezüglich der beeinträchtigten Sache zusteht.

4) Nicht gegen Jeden, welchem gegenüber das int. gebraucht werden kann, ist die nunciatio statthaft; so kann dem Eigenthümer selbst von dem Usufructuare oder gar dem Pachter nicht nunciirt werden, während gegen ihn das int. von diesen Personen gebraucht werden darf.[78])

5) Der Umfang rücksichtlich des Gegenstandes ist bei dem int. viel ausgedehnter wie bei der nunciatio, indem letztere sich nur auf eigentliches Errichten oder Einreißen von Gebäuden bezieht, während das int. auf alle beschädigende Veränderungen an Grundstücken und dessen, was wesentlich damit zusammenhängt, gerichtet ist.[79])

---

78) fr. 13 pr. D. q. v. a. cl. fr. 1. §. ult. fr. 2. D. de op. n. n. fr. unic. §. 4. D. de remiss. XLIII, 25. Wangerow a. a. O. S. 507.

79) fr. 1. §. 12 D. de op. n. n.

6) Ferner ſetzt die nunciatio erſt im Beginnen begriffene Bauten voraus, während das interd. auf Reſtitution nach vollendetem opus gerichtet iſt.

7) Die nunciatio und das interd. müſſen beide bei dem Gerichte erhoben werden, allein jene ſetzt heutzutage nicht mehr, wie dieſes regelmäßig, ein Privatverbot voraus.

8) Die nunciatio iſt ein ſubſidiäres Rechtsmittel, während das int. mit vielen Klagen electiv concurrirt, als welche namentlich genannt werden: actio ex lege Aquilia, interdictum de restituendo in Folge gewährter nunciatio, actio arborum furtim caesarum, sepulcri violati, aquae pluviae arcendae, confessoria, interdictum uti possidetis.[80])

9) Das einmal begründete Interdict kann nicht wie die nunciatio, durch Cautionsleiſtung unwirkſam gemacht werden; es verjährt in einem Jahre, während das durch die nunciatio begründete interd. demolitorum 30 Jahre lang dauert.

10) Bei der nunciatio findet ſummariſches, bei dem int. dagegen ordentliches Verfahren ſtatt.

X.

Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urtheile.

Von

Herrn Dr. **Friedrich Pfeiffer**,
Advokat in Bremen.

(Schluß des Aufſatzes Nr. IV des vorigen Hefts.)

§. 8. Ein gewichtiges Argument für die Unzuläſſigkeit der Begründung einer Klage durch Be-

80) fr. 13. pr. D. q. v. a. cl. fr. 27. §. 14 D. ad leg. Aquil. (IX, 2). fr. 7. §. 2. D. q. v. a. cl. fr. 11. D. arbor. furt. caes. XLVII, 7. fr. 22. §. 4. D. q. v. fr. 4. §. 2. 3. fr. 5. 13. 14. pr. §. 3. D. de aqua et aq. pl. arc. XXXIX, 3. fr. 6. §. 1. D. si serv. vind. (VIII. 5). fr. 5. §. 10. D. de op. n. n. Mayer l. c. pag. 28.